MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHE RECHTSGESCHICHTE

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

www.rg.mpg.de

Max Planck Institute for European Legal History

research paper series

No. 2012-05

Alessandro Somma

Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine

http://ssrn.com/abstract=2169420

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2169420

Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine

di Alessandro Somma

Abstract
The words of Latin-American modernization:
center, periphery, individual, order

Latin-American legal systems are often classified as a periphery of the Western legal tradition, that part of the democratic and capitalist world whose center is represented by Europe and the US. Such a classification is ideologically oriented, since it aims at considering modernization from an evolutionist point of view, supported by a methodology enhancing ethnocentric approaches.
Assuming the idea of alternative or multiple modernities, one can consider the Latin-American development of capitalism and democracy as combined with indigenous identity, and conceive the Latin-American legal tradition as characterized by a mixture of western and chthonic elements. The result is a tradition based both on individual emancipation and communitarian tensions, involving a responsible relationship with the environment and the democratic embeddedness of economy. Such a tradition leads to a balanced relationship between individual and order, since it is able to oppose the functionalizing tensions produced by the proprietary order if capitalism prevails over democracy.

1. Modernizzazione e classificazione dei diritti nazionali: il diritto latinoamericano come periferia

Secondo le definizioni più diffuse, la modernizzazione è il processo attraverso cui una società acquisisce le caratteristiche ritenute proprie della modernità: in particolare caratteristiche di ordine economico e politico, concernenti rispettivamente l'affermazione e lo sviluppo del capitalismo e della democrazia.[1] A questo modo di intendere la modernizzazione corrispondono le definizioni, altrettanto diffuse, del diritto occidentale come fenomeno sociale

[1] Ad es. A. Martinelli, La modernizzazione, 6. ed., Roma e Bari 2002, 9.

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2169420

autonomo,[2] ma pur sempre fondato "sui principi politici e sociali della democrazia liberale e su strutture economiche capitaliste".[3]

E' noto che il nucleo del diritto occidentale è rappresentato dalle esperienze di *common law* e *civil law*, originarie rispettivamente dell'Europa continentale e dell'Inghilterra. Altrettanto noto è il carattere tendenzialmente globale della modernizzazione, a cui corrisponde la circolazione dei modelli giuridici tipici di quelle esperienze, punto di riferimento per classificare numerosi ordinamenti nazionali a livello planetario, inclusi quelli dell'area latinoamericana. Fin dal Congresso di diritto comparato in occasione dell'Esposizione universale tenutasi a Parigi nel 1900, evento considerato l'atto di nascita della materia, si afferma infatti che tra i "sistemi di diritto originale" si annovera il "gruppo latino, comprendente la Francia, il Belgio, l'Italia, la Spagna, il Portogallo, la Romania e le Repubbliche latine dell'America centrale e meridionale".[4]

Seppure nel corso dei decenni si è riconosciuta l'originalità del diritto latinoamericano,[5] o almeno di alcune soluzioni considerate un suo tratto tipico, come in particolare la codificazione del diritto civile brasiliano del 1917,[6] è resistita a lungo l'idea per cui il gruppo latino è tale per l'adozione di codificazioni del diritto civile più o meno modellate sul testo francese.[7] Si è in tal modo costruita ad arte una sorta di gerarchia tra ordinamenti nazionali ricondotti al medesimo gruppo, strutturata a partire dalle dinamiche relative alla circolazione del modello reputato originale. Se infatti i Paesi dell'America centrale e meridionale si sono ispirati alla codificazione francese, è perché lo stesso hanno fatto in particolare la Spagna e il Portogallo, ovvero i principali colonizzatori di quella porzione di mondo. E ciò equivale a dire che, se la Francia è collocata al centro dell'esperienza giuridica occidentale, i Paesi latinoamericani ne rappresentano la periferia.

Questo modo di concepire l'area latinoamericana e il suo diritto ricorre soprattutto nelle ricostruzioni più risalenti. Tuttavia, esso appare ancora sufficientemente diffuso, mostrandosi come il portato in buona sostanza ineliminabile della classificazione dei diritti nazionali in famiglie giuridiche o *Rechtskreise*:[8] anche di recente la letteratura giuscomparatistica, pur talvolta avvertendo circa le banalizzazioni che ciò comporta,[9] si limita a menzionare il diritto

[2] H.J. Berman, Law and Revolution, Cambridge e London 1983, 7 ss.
[3] R. David, Traité élémentaire de droit civil comparé, Paris 1950, 224.
[4] A. Esmein, Le droit comparé et l'enseignement du droit, in: Nouvelle Revue historique de droit français et étranger 24 (1900), 495.
[5] Citazioni in M. Pargendler, The Rise and Decline of Legal Families, in: American Journal of Comparative Law 60 (2012), 5 ss. e M. Rosti, Sull'esistenza di un sistema giuridico ibero-americano, in: Cardozo Electronic Law Bulletin 13 (2007), 3 ss.
[6] M. Sarfatti, Introduzione allo studio del diritto comparato, Torino 1933, 78.
[7] P. Arminjon, B. Nolde e M. Wolff, Traité de droit comparé, vol. 1, Paris 1950, 50.
[8] K. Zweigert e H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. ed., Tübingen 1996, 62 ss. Al proposito B. Dölemeyer, Rechtsräume, Rechtskreise (2010), in: Europäische Geschichte Online, (www.ieg-ego.eu/doelemeyerb-2010-de).
[9] Per tutti R. Legeais, Grands systèmes de droit contemporains, Paris 2004, 160.

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2169420

privato latinoamericano come periferia della famiglia di *civil law*.[10] E magari spiega così, muovendo cioè dalla sua "origine legale", la minore capacità di quel diritto di produrre benessere materiale: questo affermano ad esempio i fautori della *New comparative economics* nell'ambito dell'approccio di *Law and finance*.[11]

Certo, non mancano coloro i quali sono disposti a riconoscere l'autonomia del diritto latinoamericano, tuttavia solo nella misura in cui esso coincide con l'esperienza giuridica indigena,[12] trascurando la quale permane il rapporto di dipendenza dal diritto occidentale, il cui presidio finisce per divenire il motivo ispiratore della classificazione proposta.

Tutto ciò riguarda i comparatisti cultori del diritto privato, naturalmente inclini a collocare il codice civile al centro delle loro classificazioni. Chi invece utilizza il punto di vista del diritto costituzionale, segnala che il diritto latinoamericano è debitore nei confronti delle elaborazioni provenienti dalla famiglia di *common law*, per affermare in particolare che esso costituisce una periferia del centro statunitense:[13] è da quest'ultimo che si sono in particolare mutuati il federalismo e il presidenzialismo.[14]

Seppure ancora resistenti, le classificazioni dei diritti nazionali per famiglie giuridiche vengono da tempo criticate. Sono infatti oramai ricorrenti i contributi in cui le si reputa meri espedienti didattici, necessariamente produttivi di semplificazioni prive di valore scientifico.[15] Lo si afferma con riferimento alle classificazioni più tradizionali, a partire da quella concernente la distinzione tra ordinamenti di *civil law* e *common law*,[16] che si propone di sostituire con altre, concernenti in particolare le modalità di controllo o incentivazione sociale.[17] In tal modo si osservano, accanto alle modalità di "governo" della società e dunque vicende relative alle "macro-scelte", anche il funzionamento della "organizzazione sociale", ovvero la "gestione della generalità dei rapporti sociali considerati nella loro quotidianità", valorizzando i quali si producono classificazioni che non peccano di "eurocentrismo".[18]

Così l'area latinoamericana perde in effetti il carattere di periferia rispetto all'area europea continentale, quest'ultima ricondotta ai sistemi a "egemonia professionale", e tuttavia finisce per essere identificata con caratteristiche che la pongono comunque in posizione subordinata rispetto al Vecchio mondo. Ciò traspare dall'inclusione delle esperienze latinoamericane tra

---

[10] Ad es. K. Zweigert e H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. ed., Tübingen 1996, 112 ss. e M. Fromont, Grands systèmes de droit étrangers, 3. ed., Paris 1998, 6.

[11] S. Djankov et al., The New Comparative Economics, in: Journal of Comparative Economics 31 (2003), 595 ss.

[12] Ad es. R. David e C. Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporains, 11. ed., Paris 2002, 56.

[13] Ad es. R.B. Schlesinger et al., Comparative Law, 6. ed., New York 1998, 291.

[14] L. Mezzetti, L'America latina, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari (a cura di), Diritto costituzionale comparato, Roma e Bari 2009, 471 s. e 482.

[15] Cfr. E. Agostini, Droit comparé, Paris 1988, 25 e H. Kötz, Abschied von der Rechtskreislehre?, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 6 (1998), 493 ss.

[16] J. Gordley, Common law und civil law: Eine überholte Unterscheidung, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 11 (2003), 498 ss.

[17] U. Mattei, Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, in: American Journal of Comparative Law 45 (1997), 5 ss.

[18] U. Mattei e P.G. Monateri, Introduzione breve al diritto comparato, Padova 1997, 63 s.

gli ordinamenti a "egemonia politica", in quanto la loro posizione di "Paesi in transizione e in via di sviluppo" non consente di annoverarli tra quelli che hanno realizzato quanto si reputa un carattere fondativo dei sistemi a egemonia professionale: il divorzio tra circuito del diritto e circuito della politica.[19] E ciò equivale a dire che, se l'area latinoamericana non costituisce la periferia di un modello, essa rappresenta però il centro di un diverso modello reputato complessivamente periferico, tale in quanto arretrato rispetto alle esperienze occidentali.

Per quanto avanzate, evidentemente le classificazioni dei diritti nazionali in quanto tali non sono idonee a restituire fedeli descrizioni della realtà. Esse esprimono punti di vista indissolubilmente legati alle propensioni e ai limiti culturali dei loro autori, i quali ricorrono a metodi di analisi che appaiono individuati ad arte per produrre il risultato voluto.[20] Metodi con cui esaltare le similitudini tra esperienze giuridiche collocate in tempi e spazi differenti, e sacrificare nel contempo le differenze riconducibili a una più attenta considerazione del contesto entro cui si sono sviluppate.[21]

Nel corso di questo lavoro metteremo in luce i caratteri delle classificazioni utilizzate per produrre una visione del diritto latinoamericano come periferia del diritto occidentale, muovendo nel merito dalle modalità attraverso cui viene spiegata la mutazione giuridica. Valuteremo poi la possibilità di produrre classificazioni capaci invece di valorizzare i caratteri distintivi dell'esperienza latinoamericana, considerando il contributo fornito da chi esalta il carattere plurale della modernizzazione. Tenteremo cioè di tracciare i caratteri della modernizzazione latinoamericana come relativa allo sviluppo del capitalismo e della democrazia in termini autonomi, oltre che differenti rispetto a quelli che hanno caratterizzato l'area occidentale. E in tale prospettiva non potremo non accennare all'esperienza giuridica indigena come tratto peculiare dell'area latinoamericana che, richiamandosi alla tradizione, si presenta formalmente come esperienza non descrivibile a partire dai caratteri della modernizzazione.

Infine utilizzeremo i tratti identificativi della modernizzazione latinoamericana per compiere l'operazione opposta a quella che conduce a discuterne come di una vicenda autonoma: per individuare equivalenze funzionali tra quest'ultima e la modernizzazione così come essa si è sviluppata in area europea e statunitense. Potremo così mettere in luce la fragilità del nesso tra democrazia e capitalismo come tratto distintivo della modernizzazione *tout court,* e dunque del diritto occidentale come veicolo di quel nesso.

---

[19] U. Mattei, Three Patterns of Law, cit., 28.
[20] P. Legrand, Le droit comparé, Paris 1999, 15 s.
[21] Cfr. A. Somma, Tecniche e valori nella ricerca comparatistica, Torino 2005, 42 ss.

2. Modernizzazione e mutazione giuridica tra evoluzionismo e diffusionismo

I comparatisti sono soliti discutere della classificazione dei diritti nazionali in connessione con il tema della mutazione giuridica, ovvero delle modalità attraverso cui quei diritti cambiano nel corso del tempo. E' questa una prospettiva particolarmente rilevante ai nostri fini, giacché la collocazione del diritto latinoamericano alla periferia del diritto occidentale si fonda sulla circostanza che esso cambia in senso capitalistico e democratico, seppure secondo tempi e modi tipici appunto di una periferia.

In un primo tempo i comparatisti hanno spiegato la mutazione giuridica alla luce di paradigmi evoluzionisti, per cui il diritto è naturalmente destinato a svilupparsi in modo unilineare, secondo uno schema nel quale il progresso rappresenta un valore universale e la tradizione un indizio di arretratezza. Il tutto nel solco di credenze diffuse tra i teorici della modernizzazione, i quali hanno sovente identificato il progresso con lo sviluppo del capitalismo e della democrazia, seppure con una particolare enfasi sul primo dei due termini.[22]

Evoluzionista è in particolare il considerare il diritto del capitalismo e della democrazia come diritto dei popoli civilizzati e dunque come diritto moderno *tout court*, contrapposto a un diritto dei popoli arretrati inteso come diritto tradizionale, o comunque deprecabilmente rivolto al passato.[23] E' questo uno schema espositivo tipico della letteratura comparatistica risalente, legata a un'impostazione che almeno in parte è penetrata persino nello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Come è noto quest'ultimo menziona infatti, tra le fonti del diritto internazionale, i "principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili": espressione con cui si è voluto alludere a "una opinione del giusto ritenuta universale".[24]

Si ricava da quanto affermato nel corso del menzionato Congresso parigino di diritto comparato del 1900, che l'approccio evoluzionista è connaturale alla classificazione dei diritti nazionali per famiglie giuridiche, o quantomeno che essa si è sviluppata a partire da quell'approccio. Allora si disse che la classificazione per famiglie risultava dalla combinazione di comparazione e sociologia giuridica, la seconda votata all'individuazione delle "leggi di psicologia sociale",[25] ovvero delle regole concernenti il funzionamento della società intesa come entità distinta dagli individui che la compongono. In tale prospettiva si muoveva da un'idea di evidente matrice positivista, ovvero che l'evoluzione del diritto fosse "una concatenazione regolata, uniforme e inevitabile di fasi successive". Di questa il diritto comparato doveva "tracciare la traiettoria", ricorrendo nel merito alla "elaborazione di classificazioni naturali e quindi razionali", proprio come quelle concernenti l'individuazione di "famiglie di diritti". Il che, se per un verso non portava ad accreditare l'esistenza di "un solo diritto naturale", per

[22] Citazioni in A. Martinelli, La modernizzazione, cit., 47 ss.
[23] P. Arminjon, B. Nolde e M. Wolff, Traité de droit comparé, cit., 47.
[24] A. Tripiccione, La comparazione giuridica, Padova 1961, 350.
[25] G. Tarde, Le droit comparé et la sociologie, in: Bulletin mensuel de la Société de législation comparée 32 (1900), 529.

un altro apriva la strada alla ricerca del più "avanzato" tra i diversi "tipi giuridici", in quanto tale inevitabilmente destinato a essere imitato.[26]

Per quanto viziate, queste ricostruzioni aprono la strada al paradigma diffusionista come alternativo a quello evoluzionista nella spiegazione della mutazione giuridica, finalmente ritenuta un effetto del contatto tra culture piuttosto che dell'innovazione originale, seppure naturalmente o inesorabilmente orientata in modo unidirezionale. E proprio il diffusionismo ha riscosso un certo successo tra i comparatisti, come documenta la circostanza che la menzionata nozione di famiglia giuridica deriva da un concetto diffusionista come quello di famiglia culturale o *Kulturkreis*: concetto elaborato sul finire dell'Ottocento per descrivere il contesto spaziale entro cui si diffonde un certo tratto culturale, o entro cui si ritrovano manifestazioni particolari di modelli comuni a una pluralità di contesti.[27]

Peraltro, come abbiamo visto, non basta invocare l'imitazione come motore della mutazione giuridica per evitare le forzature riconducibili all'adozione del credo evoluzionista. In ambito diffusionista si afferma infatti che la creazione di un modello originale costituisce un fatto raro,[28] alimentando così visioni della mutazione giuridica come essenzialmente dovuta alla mera recezione del modello esportato senza apporto creativo da parte dell'ordinamento importatore. Si finisce cioè per costringere la mutazione giuridica entro un rapporto gerarchico tra un centro votato all'esportazione di modelli, e una periferia destinata alla loro importazione: è infatti questo lo schema classico utilizzato per descrivere la mutazione giuridica in area latinoamericana.

Ma non è tutto. In letteratura si suole dire che la scelta del modello da imitare dipende da "una qualità che non sappiamo come chiamare, se non con il nome prestigio".[29] Una qualità oltretutto valutata autonomamente dalla classe dei cultori del diritto dell'ordinamento imitatore, i quali operano pertanto secondo criteri di ordine tecnico, essendo tutt'al più condizionati nella scelta dall'effettiva accessibilità di quanto si reputa prestigioso:[30] in particolare dalla conoscenza o meno della lingua del modello da importare.[31] Il diffusionismo occulta così la recezione imposta di modelli,[32] dettata da rapporti di potere come quelli originati dal colonialismo, che sono stati il principale motore della circolazione del diritto occidentale. Si finisce così, inevitabilmente, per alimentare discorsi di matrice evoluzionista, espliciti nel rilievo per cui il prestigio di un modello deriva dal suo essersi accreditato come capace di edificare una "società più avanzata in termini di civiltà giuridica".[33]

---

[26] Ivi, 531 s.

[27] L. Frobenius, Der westafrikanische Kulturkreis, in: Petermanns Geographische Mitteilungen 42 (1897), 1 ss. e 43 (1898), 1 ss.

[28] Per tutti A. Gambaro e R. Sacco, Sistemi giuridici comparati, Torino 1996, 31 s.

[29] R. Sacco, Introduzione al diritto comparato, Torino 1992, 147.

[30] A. Watson, The Evolution of Western Private Law, Baltimore e London 2001, 263.

[31] Cfr. A. Somma, L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario, Milano 2001, 258 ss.

[32] Ad es. M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. ed., München 1987, 125.

[33] E. Grande, Imitazione e diritto, Torino 2000, 44 s. e 149.

Proprio a partire da questo schema, tra gli anni cinquanta e sessanta del secolo scorso, si è sviluppato il movimento di *Law and development*, intenzionato ad approfondire la relazione tra mutazione giuridica e sviluppo economico anche e soprattutto in area latinoamericana. Ebbene, in quell'ambito venne fin da subito tracciata la distinzione tra Paesi "avanzati" e Paesi "inseguitori", i primi zelanti produttori e i secondi meri assimilatori di modelli giuridici occidentali, ritenuti la punta avanzata in termini di progresso.[34] E fin da subito fu evidente che i modelli da sponsorizzare erano quelli mutuati dal *common law* statunitense, punto di riferimento per quanto è stata ritenuta, più che una forma di assistenza legale, un'operazione di vero e proprio "imperialismo giuridico".[35]

Non si intende qui rifiutare l'idea di una occidentalizzazione dell'area latinoamericana,[36] speculare rispetto al carattere tendenzialmente globale dei processi di modernizzazione, che non costituisce di per sé l'indizio di un approccio alla circolazione dei modelli come quello appena criticato. Lo diverrebbe, tuttavia, se si volesse con ciò affermare che, magari in ritardo sui tempi della modernizzazione occidentale, l'area latinoamericana ha recepito passivamente modelli prodotti altrove: come in modo più o meno esplicito fanno pensare le tradizionali classificazioni di diritti nazionali in famiglie giuridiche. Si trascura così che l'imitazione implica innanzi tutto una selezione necessariamente arbitraria di quanto si reputa opportuno imitare.[37] E che al processo di imitazione dei modelli è coessenziale una loro modifica e integrazione, "una reinvenzione a livello periferico del diritto del centro".[38] Soprattutto per questo motivo il ruolo dell'America latina è stato ed è di "attore attivo nel processo di occidentalizzazione",[39] che dunque, a rigore, può essere definito tale solo se si accetta di valutarlo oltre il limitato schema del rapporto tra centro e periferia.

Se si vuole superare questo schema, se cioè si muove dal carattere essenzialmente creativo dell'imitazione di modelli giuridici, e a monte dalla complessità dei processi di diffusione del diritto,[40] allora si deve evitare l'utilizzo di espressioni che preludono invece a un ruolo passivo del soggetto imitatore.

Una di queste è senza dubbio l'espressione "trapianto giuridico".[41] Secondo i critici più accessi di questa espressione, essa indica una vicenda irrealistica, in quanto i modelli giuridici possiedono un patrimonio ermeneutico che non può essere importato senza alterazioni: "il significato non si presta a essere trapiantato".[42] Similmente si precisa che di trapianto potrebbe parlarsi solo nelle ipotesi in cui un gruppo umano si sposta portando con sé il proprio

[34] Cfr. R. Benedix, Nation-Building and Citizenship, Berkeley 1964, 413.
[35] Cfr. J.A. Gardner, Legal Imperialism, Madison Wisc. 1980, part. 27 ss.
[36] Per tutti M. Carmagnani, L'altro Occidente, Torino 2003, 302 ss.
[37] Cfr. D.E. Lopez-Medina, Teoría impura del derecho, Bogotá 2004.
[38] G. Marini, La costruzione delle tradizioni giuridiche e il diritto latinoamericano, in: Rivista critica del diritto privato 29 (2011), 168.
[39] M. Carmagnani, L'altro Occidente, cit., ix.
[40] W. Twining, Social Science and Diffusion of Law, in: Journal of Law and Society 32 (2005), 203 ss.
[41] A. Watson, Legal Transplants, 2. ed., Athens e London 1993.
[42] P. Legrand, What "Legal Transplants"?, in D. Nelken e J. Feest (a cura di), Adapting Legal Cultures, Oxford e Portland 2001, 55 ss.

diritto: circostanza forse concepibile unicamente nelle esperienze in cui si ammette l'operare del principio di personalità del diritto, o nelle ipotesi in cui lo spostamento avviene su una porzione di territorio non soggetta ad alcuna autorità costituita.[43] In tutte le restanti ipotesi non di trapianti si dovrebbe parlare, i quali sovente presuppongono la morte dell'organismo donante, bensì di "innesti" che si concretano nella "fusione delle vite di due organismi", il donante e il ricevente, o in alternativa nella "sovrapposizione dell'uno all'altro".[44]

Alla mera sovrapposizione sembra fare riferimento la letteratura antropologica in sede di analisi del pluralismo giuridico, determinato fra l'altro dalle ipotesi in cui il modello importato conserva la sua identità all'interno del sistema imitatore sotto forma di "strato". Questo si ricaverebbe specialmente dallo studio degli ordinamenti interessati da mutazioni notevoli avvenute nell'arco di periodi relativamente brevi, come quelle tipicamente imposte dalla colonizzazione. In simili casi si trovano, a fianco di uno strato tradizionale consuetudinario caratteristico delle società a potere diffuso, uno strato coloniale costituito dal diritto dei paesi occidentali occupanti, quindi uno strato postcoloniale anch'esso modellato sul diritto dei Paesi occidentali.[45]

E' peraltro lecito ritenere che la mera sovrapposizione di modelli autoctoni e modelli importati finisca in un modo o nell'altro per produrre fusioni o almeno confusioni, le quali finiscono a loro volta per mettere in luce l'assenza di una corrispondenza biunivoca tra diritto e società, riconducibile del resto a paradigmi metodologici oramai superati. Se infatti i modelli giuridici da imitare sono selezionati a partire da una loro associazione con assetti di ordine politico o economico, sono innanzi tutto questi ultimi a non essere suscettibili di riprodursi in modo fedele. E' anche questo un modo per ribadire che la circolazione dei modelli non avviene nell'ambito di un rapporto tra centro e periferia della produzione giuridica, per denunciare la parzialità di un simile punto di vista, insieme con il carattere ideologico dei relativi risvolti.

3. Il rapporto tra diritto e società: dalle famiglie alle tradizioni giuridiche

Muovendo dal punto di vista della mutazione giuridica, abbiamo ricavato ulteriori elementi idonei a rafforzare il convincimento che le classificazioni dei diritti nazionali sono tradizionalmente pensate in funzione di un risultato ben preciso: documentare la superiorità del diritto occidentale come motore della modernizzazione, e presentare così il suo recepimento come prospettiva desiderabile, e insieme inevitabile, a livello planetario. Un simile proposito ispira la riconduzione dell'esperienza giuridica latinoamericana alla famiglia di *civil law*, in quanto la prima si sarebbe sviluppata a partire da un'imitazione di modelli elaborati in area

[43] M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, cit., 126.

[44] E.A. Feldman, Patients' Rights, Citizens' Movements and Japanese Legal Culture, in D. Nelken (a cura di), Comparing Legal Cultures, Adelrsot etc. 1997, 220 s.

[45] Al proposito ad es. U. Mattei e P.G. Monateri, Introduzione breve al diritto comparato, cit., 148 ss.

europea continentale, seppure combinati con modelli di provenienza statunitense. Il tutto in virtù del prestigio dei modelli imitati, la cui circolazione viene documentata esaltando ad arte i caratteri del modello imitatore che lo accreditano come periferia della mutazione giuridica, e occultando invece quelle da cui ricavare la sua originalità.

Per svelare il carattere ideologico di una simile operazione, occorre insistere sull'assenza di un nesso biunivoco tra diritto e società, aspetto cui implicitamente hanno fatto riferimento i fautori del movimento di *Law and development*, impegnati fin dagli anni settanta a riflettere sulle cause del suo fallimento. Quel movimento traeva forza dalla credenza per cui la mera imitazione di modelli giuridici dei Paesi "avanzati" da parte dei Paesi "inseguitori" avrebbe innescato processi di modernizzazione, e dunque di sviluppo in senso capitalista e democratico. Credenza poi criticata, almeno nella misura in cui non veniva corretta dalla considerazione per le fonti non formali di produzione del diritto,[46] e dalla cura per la formazione degli operatori dell'ordinamento importatore.[47]

Questi rilievi non erano però capaci di rifondare in modo corretto il rapporto tra diritto e società, se è vero che erano seguiti dalla precisazione di sapore evoluzionista per cui, se per un verso il mutamento giuridico segue di norma il mutamento sociale, per un altro esso richiede "una professione legale incline all'attivismo riformatore".[48] Caratteristica, quest'ultima, considerata tipica prevalentemente, se non unicamente, del contesto statunitense,[49] a dimostrazione di quanto il movimento di *Law and development* sia il prodotto di una ideologia ben precisa: la "fede incondizionata nella validità del sistema giuridico statunitense".[50]

Più utile ai nostri fini è la letteratura che, seppure da un punto di vista diffusionista classico, discorre del valore simbolico dei modelli giuridici importati, ovvero della circolazione non del "modello in sé", bensì della "immagine di tipo politico-filosofico a esso comunemente associata".[51] Utile in quanto valorizza la circostanza che i modelli di origine francese erano ricercati anche e soprattutto per la carica rivoluzionaria che esprimevano all'epoca in cui l'area latinoamericana, liberatasi dalla dominazione coloniale, intendeva dotarsi di un ordinamento a misura di individui liberi e indipendenti:[52] finalità che, sul versante del diritto costituzionale, rendeva evidentemente interessanti anche i modelli di origine statunitense.

Anche da ciò trae conferma l'idea che occorre considerare i modelli giuridici circolanti come pratiche discorsive che subiscono notevoli trasformazioni lungo il loro percorso,[53]

---

[46] D.M. Trubek e M. Galanter, Scholars in Self-Estrangement, in: Wisconsin Law Review 20 (1974), 1062 ss.
[47] Cfr. E.M. Burg, Law and Development, in: American Journal of Comparative Law 25 (1977), 492 ss.
[48] L.M. Friedman, Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali (1975), Bologna 1978, p. 453.
[49] J.H. Merryman, Comparative Law and Social Change, in: American Journal of Comparative Law 25 (1977), 457 ss.
[50] J.L. Esquirol, Il fallimento del diritto latinoamericano come tradizione, in: Rivista critica del diritto privato 29 (2011), 252.
[51] E. Grande, Imitazione e diritto, cit., 110 s.
[52] M.C. Mirow, Voce South and Central America: Overview, in: Oxford International Encyclopedia of Legal History, vol. 5, Oxford 2009, 285 s.
[53] Per tutti N. Rouland, Introduction historique au droit, Paris 1998, 449 ss.

esprimendo indefinite e indefinibili "possibilità e impossibilità enunciative".[54] Di qui la necessità di operare una dissociazione tra tecniche giuridiche e valori alla cui promozione esse sono asservite, per poi concentrare l'attenzione su questi ultimi.[55] Il tutto volendo precisare che, se di impossibilità dei trapianti si vuole parlare, è per affermare che la circolazione dei modelli interessa a ben vedere i valori di cui quei modelli costituiscono il veicolo, e che pertanto uno studio dei termini in cui essa si manifesta deve interessare vicende situate oltre i confini del discorso attorno al diritto in senso stretto.

Se così stanno le cose, occorre superare quanto di norma sottintende il riferimento al concetto di sistema o ordinamento cui prelude la locuzione "famiglie giuridiche", in quanto concetto che rinvia a una "sistematica chiusa e delimitata", tipica della "ricerca obbiettiva tanto cara allo scientismo positivista".[56] Proprio per ovviare a questi vizi si è proposto il ricorso alla "tradizione giuridica" come punto di riferimento per le classificazioni, ricorso particolarmente diffuso nelle trattazioni confezionate dai *common lawyer*.[57]

Per questi ultimi, il riferimento alla tradizione costituisce il riverbero di un modo di rapportarsi al mondo del diritto ricalcato sulle caratteristiche dell'ordinamento di provenienza: un ordinamento in cui il potere politico non ha alimentato una retorica sulla cesura tra l'epoca in cui la convivenza tra i consociati era informata a un sistema di norme di diritto comune, e l'epoca in cui essa è stata poi plasmata dalla volontà di un principe o di un parlamento onnipotente.[58] Di qui la contrapposizione fra tradizione giuridica e diritto nazionale, quindi il rifiuto del riferimento alla illuministica "autorità normativa delle fonti formali del diritto" cui quest'ultimo rinvia.[59]

I riferimenti alla tradizione giuridica segnalano così l'intento di confezionare scritti di impostazione antipositivista, o comunque scettici verso l'approccio di chi vede nel diritto un efficace strumento di ingegneria sociale: intento in linea con la valorizzazione del diritto come pratica discorsiva, talvolta espresso attraverso l'utilizzo dell'espressione "cultura giuridica".[60] Peraltro la semplice manifestazione di un simile proposito nulla dice circa la sua effettiva realizzazione, giacché la combinazione tra storia e comparazione ha costituito il fondamento per le più disparate opzioni culturali: da quelle volte a individuare le costanti universalistiche del fenomeno diritto, a quelle pensate per sottolinearne la contingenza, passando per una contraddittoria combinazione dei due approcci.[61]

---

[54] M. Foucault, L'archeologia del sapere (1969), Milano 1999, 169 ss.
[55] A. Somma, Tecniche e valori, cit., 64 ss.
[56] R. Orestano, Introduzione allo studio del diritto romano, Bologna 1987, 352.
[57] T. Giaro, Oriente e Occidente nella storia del diritto privato europeo, in G. Alpa e R. Danovi (a cura di), Diritto privato europeo, Milano 2003, 343 ss.
[58] Ad es. J.H. Barton et al., Law in Radically Different Cultures, St. Paul Minn. 1983, 1 ss.
[59] H.P. Glenn, Legal Traditions of the World, Oxford 2000, xxi.
[60] Cfr. D. Nelken, Defining and Using the Concept of Legal Culture, in E. Örücü e D. Nelken (a cura di), Comparative Law, Oxford e Portland 2007, 111 ss.
[61] Citazioni in A. Somma, Da Roma a Washington, in P.G. Monateri, T. Giaro e A. Somma, Le radici comuni del diritto europeo, Roma 2005, 169 ss.

Ci sono insomma molti riscontri circa il fatto che il ricorso alla "tradizione giuridica" non indichi un significativo scarto rispetto all'impiego di "famiglia giuridica",[62] primi fra tutti quelli che si ricavano dal riferimento al diritto occidentale come "tradizione giuridica occidentale". Quest'ultima viene infatti utilizzata per sottolineare come le esperienze di *common law* e *civil law* siano accomunate dall'aver realizzato il divorzio tra il fenomeno diritto e i restanti fenomeni sociali.[63] L'uso di "tradizione giuridica" alimenta cioè operazioni culturali in cui non si valorizza a sufficienza la dimensione in senso ampio storica del diritto, o in alternativa operazioni in cui quest'ultima viene invocata al solo fine di accreditare il diritto come forma di controllo sociale radicata nei secoli e dunque prestigiosa.

Senza contare poi che la tradizione, in quanto parte essenziale della memoria sociale, assume forma attraverso un processo di selezione di informazioni sul passato, pratica arbitraria per definizione perché non riducibile alla loro mera trasmissione.[64] Proprio questa circostanza viene esemplarmente chiarita da chi discorre di "tradizioni inventate", per indicare le narrazioni che stabiliscono momenti di continuità "in larga misura fittizia" con un "passato storico opportunamente selezionato".[65]

Volendo verificare i risvolti effettivi di un ricorso alle tradizioni giuridiche a fini classificatori, possiamo consultare quanto un noto autore statunitense ha scritto in materia di "tradizione di *civil law*", per "quei lettori desiderosi di apprendere che cosa unisce i sistemi giuridici dell'Europa occidentale e dell'America latina". Nel merito rileva la premessa dedicata alla Francia e alla Germania, considerate il centro della tradizione di *civil law*, ma anche esperienze "atipiche" nell'ambito di quella tradizione. Se infatti i due Paesi occupano al suo interno una posizione di "*leadership* intellettuale", non si sono condizionati a vicenda e dunque non possiedono quanto accomuna gli ordinamenti di *civil law*: l'essersi sviluppati a partire dalla "recezione e fusione" di entrambe le influenze francese e tedesca.[66]

Una simile premessa, seppure conduce a qualificare come atipici gli ordinamenti posti al centro della tradizione di *civil law*, non mette in discussione il rapporto gerarchico tra il centro europeo e la periferia latinoamericana, e con esso il peso attribuito ai caratteri tradizionalmente evocati per sostenere quel rapporto: primo fra tutti il ruolo della codificazione civile "come espressione di un'ideologia", pur mitigata nel tempo dalle innovazioni legate al costituzionalismo, che si sviluppa in area europea, per essere poi recepita dal continente sudamericano.[67] Schemi assimilabili si ricavano da altra letteratura di *common law*, dove si mette in luce la valenza simbolica della codificazione francese, quindi la sua forza attrattiva in quanto testo capace di sintonizzarsi con i sentimenti di chi si è da poco liberato dai propri colonizzatori.[68]

---

[62] Cfr. P. de Cruz, Comparative Law in a Changing World, 2. ed., London e Sydney 1999, 33 ss.
[63] Ad es. A. Gambaro e R. Sacco, Sistemi giuridici comparati, cit., 41 ss.
[64] A. Cavalli, Voce Tradizione, in: Enciclopedia Treccani delle Scienze sociali, vol. 8, Roma 1998, 649 s.
[65] E. Hobsbawm, Come si inventa una tradizione, in Id. e T. Ranger (a cura di), L'invenzione della tradizione (1983), Torino 2002, 3 s.
[66] J.H. Merryman, La tradizione di civil law (1969), Milano 1973, 3 s.
[67] Ivi, 40 ss.
[68] M.A. Glendon, M.W. Gordon e P.G. Carozza, Comparative Legal Traditions, St. Paul Minn. 1999, 45.

Se dunque si eccettuano contributi come quello a cui faremo tra breve riferimento, il ricorso al concetto di tradizione giuridica nella classificazione dell'esperienza latinoamericana non ha prodotto risultati significativamente alternativi a quelli ricavabili dalle tradizionali classificazioni per famiglie giuridiche. Chi discute di tradizione giuridica, se anche enuncia l'intento di valorizzare tematiche diverse da quelle prese in considerazione dal positivismo, non giunge a classificazioni molto diverse da quelle cui perviene chi ricorre al concetto di famiglia giuridica. Si possono cioè ampliare gli orizzonti della classificazione, includendovi dati di natura in senso lato culturale, e tuttavia il proposito di produrre narrazioni attorno ai "grandi sistemi" finisce per sacrificare la specificità degli ordinamenti che in quelle narrazioni rivestono un ruolo tipicamente subordinato.[69]

Il tutto mentre l'attrattiva di un punto di riferimento per l'importazione di modelli in area latinoamericana, il codice civile francese come codificazione per antonomasia, ha da tempo perso lo smalto posseduto sino a diversi decenni or sono, e con ciò il valore simbolico attribuito alla sua circolazione.[70] Già nel corso delle celebrazioni per il primo centenario dell'articolato, si ammetteva infatti che il suo prestigio si stava rapidamente contraendo.[71] Tanto che negli anni sessanta del Novecento non pochi autori discorrevano di un "regresso quasi generale" del modello codicistico francese, in alcuni casi tale "da far apparire grottesche le classificazioni tradizionali".[72]

Da ciò non deriva però l'impulso per una diversa considerazione dell'area latinoamericana, per il superamento della tradizionale prospettiva per cui essa costituisce la periferia del centro europeo. Deriva invece, in linea con i fondamenti di quella prospettiva, l'individuazione dei diritti occidentali che avevano sostituito il francese nel ruolo di centro di una produzione giuridica: tra gli altri il diritto italiano, o lo svizzero, o ancora il *common law*.[73] In alternativa si assiste a uno spostamento dell'asse attorno a cui far ruotare la comune matrice del diritto occidentale e latinoamericano, secondo schemi incapaci di determinare un superamento dell'approccio etnocentrico. Proprio questo accade in particolare nei contributi storico-comparatistici in cui si esalta il diritto romano come principale elemento identificativo dell'esperienza di *civil law*.[74]

---

[69] J. Vanderlinden, Comparer les droits, Diegem 1995, 375.

[70] Cfr. A. Somma, Il codice civile francese come simbolo, in B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt e A. Somma (a cura di), Richterliche Anwendung und Umsetzung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs, Frankfurt M. 2006, p. 371 ss.

[71] V. AA.VV., Le code civil à l'étranger, in Le Code civil 1804-1904 – Livre du Centenaire, Paris 1904, 583 ss.

[72] A. Grisoli, Corso di diritto privato comparato, Milano 1962, 123 s.

[73] K.H. Abert, Rechtsvergleichung, Bern 1978, 53.

[74] V. S. Schipani (a cura di), Diritto romano, codificazione e sistema giuridico latino-americano, Milano 1981.

4. Autonomia e identità dell'esperienza giuridica latinoamericana

I comparatisti hanno insomma confezionato classificazioni dei diritti nazionali che riconducono al diritto occidentale i diritti in qualche modo orientati verso la costruzione di società capitaliste e democratiche. Essi hanno così costruito narrazioni al servizio del carattere tendenzialmente globale dei processi di modernizzazione, che elevano l'area europea e statunitense a centro produttivo di modelli di convivenza sociale, destinati a essere imitati dalle periferie del pianeta. In tale prospettiva il diritto latinoamericano ha finito per trovarsi "nel mezzo tra il mondo occidentale normalizzato ed egemonico e quello orientale esotico e subalterno". Ha finito cioè per essere inteso come "riproduzione mimetica dell'Occidente avanzato", quindi come "ombra alquanto pallida del diritto occidentale", o peggio ancora come "parziale e povera lettura di autori che possono essere padroneggiati solo in ricchi contesti interpretativi".[75]

Vedremo fra breve come questo schema possa essere messo in crisi approdando a letture pluraliste della modernizzazione, utilizzabili ad esempio per esaltare le peculiarità dell'area latinoamericana, superando il rapporto tra centro e periferia, e dunque prescindendo dalla sua carica ideologica. Prima di fare questo, ci concentreremo sui tratti distintivi del diritto latinoamericano ricavabili dalla letteratura che lo pone a confronto con il diritto occidentale in senso stretto.

In via preliminare possiamo osservare che, in un certo senso, la ricostruzione di un'identità latinoamericana traspare anche dalle classificazioni tradizionali. Si tratta però di un'identità negativa, ricavata dall'elencazione dalle mancanze che si suppone abbiano caratterizzato il processo di imitazione del modello occidentale, secondo uno schema che appare mutuato dalla teoria sulle fasi e le soglie critiche della modernizzazione.[76] Il tutto sul presupposto, esplicitato in termini così crudi al principio del secolo scorso, che "il selvaggio non copia nulla senza snaturarlo per goffaggine, esattamente come i bambini sono soliti disegnare".[77]

Certo, negli esempi cui faremo ora riferimento, i termini sono meno crudi, ma non per questo meno indicativi di un'attitudine etnocentrica nell'analisi della mutazione giuridica, troppo spesso tesa verso "l'esoticizzazione dell'altro".[78] Questo si ricava dall'opinione secondo cui la qualità dei giudici dell'area latinoamericana sarebbe particolarmente bassa a fronte della scarsa attrattiva della professione, così come dalla constatazione che la "purezza della scienza giuridica", particolarmente resistente in quell'area, avrebbe reso il diritto uno strumento inadatto a "soddisfare i bisogni della società".[79] Lo stesso dicasi con riferimento a chi, più recentemente, svaluta il recepimento latinoamericano del presidenzialismo statunitense,

[75] D.E. López Medina, La teoria impura del diritto: le trasformazioni della cultura giuridica latinoamericana, in: Rivista critica del diritto privato 29 (2011), 198 s. e 213.
[76] Su cui ad es. A. Martinelli, La modernizzazione, cit., 47 ss.
[77] G. Tarde, Le droit comparé et la sociologie, cit., 536.
[78] G. Marini, La costruzione delle tradizioni giuridiche, cit., 188.
[79] J.H. Merryman, La tradizione di civil law, cit., 164.

ritenendolo difettoso per essere stato realizzato in forme incapaci di produrre un efficace meccanismo di *checks and balances*.[80]

Queste letture stupiscono, in quanto considerano tipici della periferia latinoamericana difetti che pure caratterizzano il centro del modello occidentale. La giuscomparatistica tradizionale ammette infatti che le deviazioni rispetto alla tripartizione dei poteri possono essere viste come un'eredità della tradizione autoritaria spagnola.[81] Mentre la letteratura più consapevole dei rischi di etnocentrismo segnala influenze europee sul caudillismo, da ritenere anche una versione latinoamericana del cesarismo europeo, considerata un retaggio del modello napoleonico, oltre che un riscontro di quanto abbiano attecchito dottrine come quelle sviluppate a partire dal pensiero di Auguste Comte.[82] E difatti proprio il positivismo comtiano, nella letteratura europea come in quella latinoamericana, era invocato in combinazione con visioni organicistiche ed evoluzioniste della società, o comunque a sostegno del proposito di produrre per l'individuo costruzioni idonee a valorizzare il profilo del suo scioglimento in un ordine votato al progresso.[83]

Il tutto mentre, con riferimento alla nascita del costituzionalismo latinoamericano come costituzionalismo impregnato di nazionalismo interclassista,[84] è bene ricordare che esso è stato inteso come la ricerca di una terza via tra liberalismo classico e socialismo,[85] alternativa a quella individuata dal fascismo europeo, ma per molti aspetti anche dal New Deal statunitense.[86] L'Europa fascista era infatti vista con sospetto e preoccupazione, e in tale contesto il nazionalismo diveniva "il vettore culturale che permise di adeguarsi, senza contrapporsi, al contesto internazionale negativo", consentendo di percorrere vie autonome rispetto alle drammatiche contrapposizioni dell'epoca.[87]

Questo per quanto concerne le deviazioni latinoamericane rispetto al modello occidentale di democrazia, che pure presentava all'epoca notevoli difetti o comunque ostacoli notevoli al suo radicamento. Quanto invece al mancato sviluppo del capitalismo, occorre considerare che esso era almeno fortemente indotto dalla politica economica statunitense. Proprio questo venne evidenziato alla conclusione del secondo conflitto mondiale dai teorici della *dependencia* nell'ambito della Commissione economica per l'America latina istituita presso

---

[80] L. Mezzetti, L'America latina, cit., 471 s.

[81] Ivi, 472. Anche K.S. Rosenn, Teaching Latin American Law, in: American Journal of Comparative Law 19 (1971), 692.

[82] M. Losano, I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei, Roma e Bari 2000, 177.

[83] J.L. Kunz, Contemporary Latin-American Philosophy of Law, in: American Journal of Comparative Law 3 (1954), 213. Citazioni in A. Somma, Tradizione giuridica occidentale e modernizzazione latinoamericana, in corso di pubblicazione in: Rechtsgeschichte 20 (2012).

[84] J. Vanderlinden, Comparer les droits, cit., 258.

[85] M. Carmagnani e G. Casetta, America latina: la grande trasformazione 1945-1985, Torino 1989, 66 ss.

[86] Sulle somiglianze tra fascismo e New Deal, per tutti W. Schivelbusch, 3 New Deal, Milano 2008.

[87] M. Carmagnani, L'altro Occidente, cit., 303 ss.

le Nazioni Unite, i quali contestarono un assunto dell'economia neoclassica: che lo scambio economico tra centro e periferia avrebbe in un modo o nell'altro favorito la seconda.[88]

Della situazione di dipendenza in cui si trovava e trova l'America latina si hanno numerosi riscontri fin dalla prima metà del Novecento. La politica economica statunitense era ampiamente retta dai principi della dottrina Monroe, che aveva però perso la sua carica anticolonialista per divenire lo scudo dietro il quale praticare politiche di egemonia sul continente americano. Era cioè una politica che mirava tra l'altro a privare l'America latina delle sue materie prime, impedendo però che dai relativi proventi si sviluppasse una capacità produttiva autonoma nell'area: una politica in grado di incrementare la capacità di spesa dei latinoamericani, tuttavia solo per trasformarli in consumatori di prodotti finiti importati.[89] Da ciò la principale ragione dell'interesse manifestato dagli statunitensi per lo studio del diritto latinoamericano, ritenuto un fondamentale contributo allo sviluppo di una "politica di buon vicinato".[90] Da ciò anche le critiche degli intellettuali latinoamericani, i quali fin dagli anni trenta del secolo scorso accusavano gli statunitensi di imporre forme di "economía destructiva", capaci solo di produrre dipendenza economica e non anche di stimolare una "economía reproductiva y progresiva", fonte di una crescita duratura ed equilibrata.[91]

In questo quadro si scordano volentieri alcuni primati latinoamericani che concernono entrambi i fronti in cui operano i processi di modernizzazione: democrazia e capitalismo. Quanto al fronte della democrazia, possiamo ricordare l'attenzione e il favore per "el magnifico principio de ugualdad de derechos de nacionales y extranjeros".[92] Concerne invece il fronte del capitalismo la previsione da parte della Costituzione messicana del 1917 di un primo nucleo di diritti sociali,[93] in anticipo sulla Costituzione di Weimar del 1919:[94] la prima Carta fondamentale europea a trattare questo aspetto. Se si adottassero i tradizionali schemi concernenti la circolazione dei modelli, si dovrebbe concludere che l'area europea continentale, cioè la porzione di occidente in cui si sono sviluppate discipline concernenti la democrazia economica e sociale, costituisce la periferia rispetto al centro latinoamericano. Ma, evidentemente, coloro i quali registrano il primato messicano non formulano certo retoriche in tal senso, che sarebbero altrimenti da condannare tanto quanto quelle volte a produrre il risultato opposto.

---

[88] Per tutti Th. Dos Santos, The Structure of Dependence, in: American Economic Review 60 (1970), 231 ss.

[89] Ad es. G. Pighini, Venezuela Paese dell'avvenire, Firenze 1950, 10 s.

[90] Cfr. A.G. Peters, Importance of the Study of Latin-America Law, in: American Law School Review 4 (1915-22), 208 ss. e R.A. Rasco, The Need for a Latin-American Program in the Law School Curriculum, in: Journal of Legal Education 2 (1949-50), 180 ss.

[91] A. Uslar Pietri, Sembrar el petróleo, in: Ahora del 14 luglio 1936.

[92] H. Valladão, Le droit latino-américain, Paris 1954, 12.

[93] Art. 123, comprendente fra l'altro l'obbligo dei datori di lavoro di soddisfare le esigenze abitative dei lavoratori, e inoltre di predisporre servizi sanitari ed educativi per la comunità.

[94] Cfr. D. Ziskind, Labor Law in Latin American Constitutions, in: Comparative Labor Law and Policy Journal 6 (1984), 1 ss.

E' dunque l'etnocentrismo, strumento tipicamente utilizzato per imporre il "modello europeo di sviluppo economico a Paesi retti da economie preindustriali",[95] l'ostacolo principale a una considerazione dell'esperienza giuridica latinoamericana che esuli da un suo inquadramento come esperienza periferica. Inquadramento cui, a ben vedere, allude anche la locuzione "America latina", che fa riferimento ai parlanti lingue europee, denunciando il proposito statunitense di appropriarsi del nome America, oltre all'intento di trascurare l'apporto degli indigeni e degli afroamericani.

E proprio a partire da una critica all'etnocentrismo della letteratura comparatistica sull'area latinoamericana, una recente classificazione di "grandi sistemi giuridici" si sofferma sulla necessità di dedicare una trattazione separata al "diritto dell'America meridionale".[96] Per non sacrificare i caratteri distintivi dei diversi ordinamenti nazionali dell'area, una simile trattazione dovrebbe tenere conto delle loro peculiarità, ma anche valorizzare vicende comuni, per poi consentire la ricostruzione di un'identità del diritto latinoamericano in termini alternativi a quelli ricorrenti nella retorica occidentale del selvaggio incapace di copiare.

La classificazione di cui parliamo valorizza la circostanza che l'identità del diritto latinoamericano è stata condizionata dalle caratteristiche del processo di colonizzazione, così come dalle vicende relative alla conclusione di quel processo. Quanto al primo aspetto, si sottolinea come la colonizzazione si sia espressa con modalità diverse da quelle successivamente assunte dall'imperialismo mercantile ottocentesco in area africana o asiatica. Per questo le popolazioni indigene sopravvissute allo sterminio sarebbero state assimilate e almeno formalmente poste sullo stesso piano delle popolazioni della madrepatria. Di qui lo sviluppo di particolari forme di pluralismo giuridico,[97] seppure non nella forma della "stratificazione fra sistemi giuridici forti",[98] comunque idonee a conferire tratti peculiari comuni all'esperienza latinoamericana.

Quanto ai caratteri dell'identità latinoamericana influenzati dalle modalità con cui è terminata la colonizzazione, si osserva che essa avvenne nello stesso torno di anni, quando le colonie sudamericane approfittarono dell'espansionismo francese in epoca napoleonica per liberarsi dalla dominazione iberica, e iniziare subito la costruzione di Stati nazionali indipendenti.[99] Da qui le opportunità per lo sviluppo del capitalismo e della democrazia secondo dinamiche e contenuti tipici dell'area, incluso l'intreccio con la particolare forma di nazionalismo di cui abbiamo parlato.

---

[95] M. Losano, I grandi sistemi giuridici, cit., p. 13 ss.

[96] Ivi, 175 ss.

[97] A.C. Wolkmer, Voce South and Central America: Legal Pluralism, in: Oxford International Encyclopedia of Legal History, vol. 5, cit., 297 ss.

[98] M. Losano, I grandi sistemi giuridici, cit., 176 s. Tra chi propende per una lettura della conquista come non caratterizzata da pratiche assimilazioniste, v. ad es. A. Alvarado Velloso, Voce Diritto dei Paesi latinoamericani, in: Enciclopedia giuridica Treccani, vol. 6, Roma, 1989, 2.

[99] M. Losano, I grandi sistemi giuridici, cit., 177.

Tutto ciò fornisce uno sfondo compiuto ai tentativi più classici di individuare l'identità del diritto latinoamericano, i primi dei quali risalgono almeno alla fine dell'Ottocento.[100] In questi tentativi si menzionano con più o meno enfasi elementi dell'identità riconducibili a una circolazione di modelli in particolare dal continente europeo. Non manca tuttavia la sottolineatura che essi si sono mescolati a elementi autoctoni o comunque specifici, come le consuetudini indigene, in forme tali da produrre un diritto dai tratti originali.[101]

5. Segue: geopolitica e diritto indigeno

La valutazione dell'identità giuridica latinoamericana, in quanto vicenda in cui si intrecciano dati geografici e schemi di ordine politico ed economico, presenta una indubbia valenza geopolitica, del resto immanente all'attività classificatoria tipica del comparatista.[102] Abbiamo riscontrato una simile valenza nei contributi che puntano a negare quell'identità, degradando il diritto latinoamericano a periferia di una tradizione o famiglia giuridica genericamente occidentale, o che eventualmente la affermano, ma solo per meglio consentire al centro di esercitare un controllo sulla periferia. Ci dedicheremo ora ai risvolti geopolitici dei contributi che puntano invece a celebrare l'identità latinoamericana, alcuni dei quali sono a ben vedere risalenti: come quelli da cui ha tratto fondamento il tentativo di edificare un diritto internazionale capace di arginare l'egemonia politica statunitense nell'area.[103]

Tralasceremo i contributi che, seppure sono dettati dal proposito di emancipare il diritto latinoamericano dallo statunitense, finiscono per non intaccare, e anzi per rafforzare, il rapporto di sudditanza rispetto al diritto europeo continentale. Questo accade in particolare con la sottolineatura della matrice romanistica dei diritti nazionali dell'area, attorno a cui sviluppare una sorta di resistenza latina.[104] Quest'ultima possiede invero un marcata matrice neopandettista, in quanto tale inadatta a ribaltare l'idea di una periferia latinoamericana, debitrice nei confronti di un centro europeo continentale, la prima inesorabilmente destinata a importare i modelli definiti dal secondo.

Più opportuni appaiono i propositi di contrastare l'egemonia occidentale nel suo complesso, quindi anche l'egemonia culturale del Vecchio continente.[105] In tal caso si muove dalla contestazione di quanto la tradizionale classificazione del diritto latinoamericano come pe-

[100] Soprattutto M. Losano, Clóvis Bevilaqua entre comparação e filosofia do direito, in VII Congresso Brasileiro de Filosofia, João Pessoa 2002, 389 ss.

[101] Ad es. P. Gallo, Voce America latina, in: Digesto delle Discipline privatistiche – Sezione civile, vol. 1, Torino 1987, 296.

[102] Cfr. C. Costantini, Comparazione giuridica e geopolitica critica. Per una contro-narrativa sulle tradizioni, in Cardozo Electronic Law Bulletin 17 (2011), 1 ss.

[103] A. Alvarez, Le droit international américain. Son fondement, sa nature d'après l'histoire diplomatique des États du Nouveau monde et leur vie politique et économique, Paris 1910.

[104] J. Kleinheisterkamp, Development of Comparative Law in Latin America, in M. Reimann e R. Zimmermann (a cura di), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2008, 289 s.

[105] U. Mattei, Comparative Law and Critical Legal Studies, ivi, 820 s.

riferia reputa essere una difettosa recezione dei modelli prodotti dal centro.[106] E si finisce per esaltare il costituzionalismo postcoloniale, con la sua tensione libertaria ed egualitaria, come espressivo delle "idee forza comuni a tutti i popoli di quelle terre",[107] magari evidenziando i correttivi che si sono concepiti allorquando si è trattato di dare risposte alla questione sociale. In particolare questi aspetti, concernenti in ultima analisi il proposito di evidenziare "l'unità spirituale latinoamericana", sono stati valorizzati nella Dichiarazione di principi sull'insegnamento del diritto compilata sul finire degli anni cinquanta del secolo scorso dall'Unione delle università latinoamericane.[108]

Occorre ora dire qualcosa sul diritto indigeno, finora menzionato come fondamento per la forma di pluralismo giuridico debole che contribuisce a definire l'identità giuridica latinoamericana. Questo diritto, la cui considerazione rileva indubbiamente dal punto di vista geopolitico, giacché attiene per definizione alla disciplina della convivenza di un gruppo umano che ha sviluppato una relazione particolarmente intima con il suo territorio, importa anche per un ulteriore aspetto: costituisce un imprescindibile punto di riferimento per riflettere sui termini della modernizzazione in area latinoamericana.

La riflessione può percorrere due strade. Per un verso può prendere spunto dalla circostanza che la modernizzazione si definisce essenzialmente come superamento dell'elemento tradizionale o comunque premoderno: da un simile punto di vista la componente indigena dell'identità latinoamericana restituisce la distanza di quell'identità dalla modernizzazione *tout court*. Per un altro verso si possono invece valorizzare i tentativi di discutere di modernizzazioni al plurale, si può cioè considerare l'intreccio tra diritto indigeno e sviluppo della democrazia e del capitalismo come il tratto distintivo della modernizzazione latinoamericana rispetto alle altre forme di modernizzazione, quella occidentale in testa. E' quest'ultimo il punto di vista che utilizzeremo, e che completeremo fra breve approfondendo i termini dello sviluppo della democrazia e del capitalismo in area latinoamericana.

Per trattare questi aspetti, ci riferiremo a una recente dottrina comparatistica che ha legato le sue fortune all'utilizzo della tradizione giuridica come punto di riferimento per una classificazione alternativa a quelle incentrate sui caratteri del diritto nazionale. Nel merito si menziona la "tradizione ctonia", locuzione in buona sostanza utilizzata per intendere la tradizione giuridica primordiale, quella che "semplicemente è emersa perché l'esperienza si è accumulata, e la memoria e la sua trasmissione orale hanno fatto il loro lavoro". Ebbene, la tradizione ctonia è l'unica a essere menzionata come tratto specifico dell'area latinoamericana, assieme ad alcuni suoi caratteri che costituiscono ancora oggi un punto di riferimento per identificare il nucleo essenziale del diritto indigeno di quell'area: il culto per l'armonia tra i componenti il gruppo umano, così come tra quest'ultimo e l'ambiente naturale.[109]

---

[106] Per tutti J.L. Esquirol, The Fictions of Latin American Law, in: Utah Law Review 50 (1997), 425 ss. e Id., Continuing Fictions of Latin American Law, in: Florida Law Review 55 (2003), 41 ss.
[107] A. Alvarado Velloso, Voce Diritto dei Paesi latino-americani, cit., 11.
[108] First Conference of Latin-American Law Schools, in: Inter-American Law Review, 1 (1959), 241.
[109] H.P. Glenn, Legal Traditions, cit., 56 ss.

La stessa dottrina discute poi della tradizione di *civil law*, per affermare che "la sua influenza storica nel mondo appare inconfondibile", ma anche che essa non è dovuta unicamente alla "semplice ammirazione", e dunque al prestigio. La tradizione di *civil law* viene infatti dipinta come violenta e imperialista, "associata all'idea di dominazione", tanto da indurre a chiedersi se "gli occidentali sono essenzialmente dei fondamentalisti, a tal punto da ritenere che le loro soluzioni siano talmente vere da dover essere seguite ovunque".[110]

Queste precisazioni sembrano preludere all'impossibilità di combinare le due tradizioni in forme capaci di delineare una specifica modernità latinoamericana. Invero la tradizione di *civil law* è "relazionale", incentrata come è sul rapporto tra individui portatori di "diritti soggettivi". Al contrario, nella tradizione ctonia "l'individuo è immerso nel passato e nella comunità", motivo per cui non è concepibile il "potere di ottenere l'oggetto della volontà individuale", non sono concepibili "diritti" e neppure "interessi individuali" tutelati dall'ordinamento: la tradizione "fa quadrato contro di essi".[111] Da ciò la presunta carica antimodernista del diritto indigeno e dunque la sua radicale alterità rispetto al progetto della modernizzazione, soprattutto con riferimento agli aspetti concernenti lo sviluppo in senso capitalista.

A ben vedere, le cose non possono essere rappresentate nei termini di una così radicale contrapposizione. La modernizzazione capitalista, come vedremo fra breve, ha storicamente prodotto costruzioni tutt'altro che incentrate sull'individuo e sulle sue strategie di emancipazione. Ha cioè favorito la funzionalizzazione delle libertà economiche del singolo nelle forme di volta in volta ritenute necessarie ad assicurare l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine proprietario, mettendo in luce come il carattere della relazionalità non fosse e non sia capace di produrre un rapporto tra individuo e ordine non troppo sbilanciato verso quest'ultimo.

Più recentemente si sono poi registrate novità importanti per chi coltiva "l'oscuro desiderio" di individuare "diritti collettivi", ovvero costruzioni che uniscono "individualità" e "socialità",[112] che combinano tensione comunitarista e cultura dei diritti, inclusi quelli di natura economica. In tal senso dispone la Dichiarazione dei diritti dei popoli indigeni approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2007 che, oltre a tutelare una serie di diritti dei "singoli individui indigeni" anche nei confronti della loro comunità, riconosce fra l'altro il diritto collettivo "alle terre, territori e risorse che hanno tradizionalmente posseduto, o occupato o altrimenti utilizzato o acquisito".[113]

La frizione tra diritto indigeno e modernità non è dunque insanabile: è al contrario foriera di modalità alternative di intendere la modernità. Il tutto secondo schemi che sono anzi al centro dell'attuale dibattito tra i cultori del diritto impegnati a produrre per l'ordine economico regole concernenti la sua sostenibilità anche dal punto di vista democratico: in particolare regole concernenti la dissociazione tra titolarità e amministrazione della proprie-

[110] Ivi, 153.
[111] Ivi, 67 e 130 s.
[112] N. López Calera, Hay derechos colectivos?, Barcelona 2000, 167.
[113] Art. 26. Cfr. A. Xanbthaki, Indigenous Rights and United Nations Standards, Cambridge etc. 2007, 29 ss.

tà cui prelude la teoria dei beni comuni, a ben vedere riconducibile a risalenti e ora screditate riflessioni occidentali dedicate al tema della democrazia economica.[114]

Giungiamo così a toccare il tema della modernizzazione come vicenda che occorre analizzare con le lenti del pluralismo, utili tra l'altro a individuare più centri da cui essa prende corpo, magari proprio laddove l'impostazione tradizionale pretende di ravvisare una semplice periferia.

6. Dalla modernizzazione alle modernità: alternative, parallele e multiple

Come abbiamo detto, spesso e volentieri i teorici della modernizzazione hanno intrecciato le loro riflessioni con schemi di matrice evoluzionista. Non lo hanno fatto sempre: in un certo senso i primi contributi sul tema presupponevano almeno implicitamente una visione pluralista del fenomeno, studiato soprattutto con riferimento all'area europea, di cui si finivano per mettere in luce alcune differenze anche rilevanti tra diverse modalità con cui si delineava e realizzava il programma della modernizzazione.[115]

Evoluzionista fu invece l'ambiente culturale in cui vide la luce e si sviluppò la comparazione giuridica. Forse una simile attitudine non fu sempre la ricaduta di un consapevole programma culturale, almeno non tanto quanto lo fu a partire dalla conclusione del secondo conflitto mondiale nell'ambito del movimento di *Law and development*. Con esso la modernizzazione così come si era affermata in area occidentale venne di fatto eretta a parametro della modernizzazione *tout court*, da utilizzare come punto di riferimento per lo sviluppo delle altre aree del pianeta.

Un simile approccio ha resistito a lungo, magari celato dietro professioni di diffusionismo, che tuttavia non hanno inciso in modo significativo su un atteggiamento di fondo di matrice etnocentrica. Eppure molte vicende documentavano e documentano l'impraticabilità di un'attitudine evoluzionista allo studio della modernizzazione, così come il carattere ideologico di quell'attitudine, con riferimento a entrambi gli aspetti del fenomeno: lo sviluppo del capitalismo, esattamente come della democrazia.

Quanto al secondo aspetto, lo sviluppo della democrazia, non poche vicende hanno definitivamente chiarito come la modernizzazione non lo implicasse necessariamente. La democrazia ben poteva essere ritenuta un orizzonte tenuto in conto dalla società borghese, che aveva a tal fine edificato la società del diritto privato, fondata sull'identificazione della libertà con la condizione proprietaria, universalmente accessibile attraverso il lavoro.[116] Le cose erano però destinate a cambiare con la transizione verso la società industriale, fondata sulla weberiana

[114] Cfr. A. Somma, Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni, in: Materiali per una storia della cultura giuridica 41 (2011), 461 ss.

[115] Citazioni in S.N. Eisenstadt, Civiltà comparate. Le radici storiche della modernizzazione (1981-83), Napoli 1990, 17 ss.

[116] Sul punto ad es. P. Costa, Cittadinanza, Roma e Bari 2005, 33 ss.

"schematizzazione coercitiva dell'esistenza",[117] o sulla durkheimiana differenziazione funzionale della società.[118] Questa transizione cambiò il lavoro, che da strumento di emancipazione individuale mutò in attività preposta al sostegno dell'equilibrio e dello sviluppo dell'ordine proprietario, in quanto tale capace di produrre più inclusione funzionalizzante che mobilità sociale.

E la "schematizzazione coercitiva dell'esistenza" ben poteva richiedere il sacrificio delle libertà politiche come presupposto per la riforma delle libertà economiche in senso capitalista. Questo avvenne per le esperienze in cui la modernizzazione fu avviata o realizzata nell'ambito di sistemi autoritari, come ad esempio nell'esperienza prussiana, per la quale fu nel merito formulata la cosiddetta teoria del percorso eccezionale o *Sonderweg*.[119] Lo stesso dicasi poi, e soprattutto, per l'esperienza fascista, che si sviluppò nel momento in cui i conflitti prodotti dal sostegno ai processi di modernizzazione imposero di ristabilire la pace sociale con forme di inclusione violenta dell'individuo nell'ordine proprietario.[120]

Il nesso tra modernizzazione e democrazia è dunque instabile, a tal punto che la mancanza di trasformazioni in quel senso non indica semplicemente la presenza di una "soglia critica dello sviluppo politico".[121] Quella mancanza conferma più propriamente che il liberalismo costituisce una teoria relativa al modo di combinare profitto individuale e collettivo, e non certo una teoria sulla libertà illimitata: una pratica governamentale che si regge sulla produzione della libertà, ma anche e necessariamente sul suo consumo.[122]

Peraltro anche il capitalismo non costituisce una costante nei processi di modernizzazione, o almeno non il capitalismo inteso come una teoria e una pratica riconducibili ad unità. Questo aspetto è stato a ben vedere tematizzato solo dopo il fallimento del socialismo, ovvero nel momento in cui cessava l'aspro confronto tra blocchi identificati dalla condivisione o meno dell'opzione capitalista. Con la fine di quel confronto fu evidente l'esistenza di uno scontro tra modelli di capitalismo, in particolare tra un capitalismo renano e un capitalismo anglosassone: il primo qualificato da una spesa sociale elevata e dalla centralità del sistema bancario, il secondo da una spesa sociale ridotta e dalla centralità dei mercati finanziari.[123] Similmente altri hanno discusso di un capitalismo del *welfare* contrapposto a un capitalismo della borsa,[124] così come di economie di mercato coordinate e di economie di mercato liberali.[125]

E' senz'altro vero che queste contrapposizioni si fondano in parte su dati reperiti prima della fine del socialismo, e che le recenti vicende hanno mutato di molto i termini dello

[117] M. Weber, Economia e società (1922), Vol. 3, Torino 2000, 85.
[118] E. Durkheim, De la division du travail social (1893), 5. ed., Paris, 1926, part. 189 ss.
[119] Teoria controversa, su cui H.-U. Wehler, Politik in der Geschichte, München 1998, 78 s.
[120] Citazioni in A. Somma, I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista, Frankfurt M. 2005, 81 ss.
[121] A. Martinelli, La modernizzazione, cit., 53 ss.
[122] Così M. Foucault, Nascita della biopolitica (1978-79), Milano 2007, 65 e 264 s.
[123] Cfr. M. Albert, Capitalisme contre capitalisme, Paris 1991.
[124] R.P. Dore, Stock Market Capitalism – Welfare Capitalism, Oxford etc. 2000.
[125] P.A. Hall e D. Soskice, Varieties of Capitalism, Oxford etc. 2001.

scontro tra modelli di capitalismo, mostrando l'opzione anglosassone come opzione vincente a livello planetario per effetto dei processi di globalizzazione:[126] questo si ricava anche dai successi della menzionata *New comparative economics*, utilizzata ad esempio come punto di riferimento per l'attuale ristrutturazione del debito sovrano delle economie sudeuropee.[127] Altrettanto vero è che, se si considerano i "regimi di accumulazione", ovvero i modelli di produzione e consumo stabili nel tempo, le forme di capitalismo ricorrenti in area anglosassone e quelle tipiche dell'Europa continentale mostrano differenze molto meno marcate di quelle che emergono considerando i soli "modi di regolazione", intesi come l'architettura istituzionale necessaria a stabilizzare quei modelli di produzione e consumo.[128]

Peraltro la considerazione per il contesto in cui operano i regimi di accumulazione, che pure viene invocata da chi opera la distinzione appena tracciata,[129] conduce a ritenere la diversità tra capitalismi come una vicenda ineliminabile, tanto quanto il carattere impositivo della loro circolazione, piuttosto che il suo essere determinata dal prestigio dell'opzione vincente. Il che si ricava considerando, oltre alle vicende successive al crollo del socialismo, anche quelle precedenti, quindi l'epoca d'oro dell'approccio evoluzionista alla modernizzazione.

Esemplificativo, in quanto coinvolse l'occidente capitalista, il dibattito alla conclusione della seconda guerra mondiale sulla costituzione economica della rinata democrazia tedesca, che vide il confronto di due modelli contrapposti. Vi era da un lato il modello della "democrazia economica", fondato su una forma di pianificazione e sull'intervento statale in chiave redistributiva anche entro i confini del mercato, ritenuto indispensabile a produrre emancipazione individuale. E vi era dall'altro il modello della "democrazia neoliberale", per cui l'intervento statale doveva essere rivolto alla sola definizione del quadro normativo necessario e sufficiente ad assicurare il funzionamento del meccanismo concorrenziale, ritenuto il migliore strumento di redistribuzione della ricchezza.[130] Il tutto a dimostrazione ultima che lo scontro tra capitalismi è immanente allo stesso sviluppo del capitalismo come tratto della modernizzazione: che dunque non può concepirsi in termini monolitici o unitari, come sembrano invece sottintendere coloro i quali discorrono di modernizzazione e tradizione giuridica occidentale.

Se così stanno le cose, non sembra possa prescindersi dal considerare la modernità in termini pluralistici, così come dallo stemperare la contrapposizione tra società moderna e

---

[126] Già C. Crouch e W. Streeck, The Future of Capitalist Diversity, in Idd. (a cura di), Political Economy of Modern Capitalism. Mapping Convergence and Diversity, London etc. 1997, 1 ss.

[127] Notizie in A. Somma, Legal Change and Sovereign Debt Crisis. The Clash Between Capitalism and Democracy in the Western Legal Tradition, in corso di pubblicazione in C. Paulus (a cura di), Do We Need an Orderly Work-Out Scheme for Insolvent Sovereigns?, München 2012.

[128] La distinzione tra regimi di accumulazione e modi di regolazione è sviluppata nell'ambito della Régulation theory: ad es. R. Boyer and Y. Saillard, A Summay of Régulation Theory, in Idd. (a cura di), Régulation Theory: The State of the Art, London and New York 2002, 36 f.

[129] Cfr. R. Boyer, How and Why Capitalism Differs, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion paper 05/2004 (www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp05-4.pdf), 7.

[130] Citazioni in A. Somma, L'economia sociale di mercato (3). L'ordoliberalismo al crollo del fascismo, in: Biblioteca della libertà 200 (2011), 1 ss.

società tradizionale, quest'ultima ritenuta un ostacolo insormontabile all'avvento della prima. In quest'ultimo senso si riconosce ora che aspetti della modernità si possono esprimere anche in società dai più reputate tradizionali, ad esempio per il persistere di un ruolo del credo religioso incompatibile con quanto classicamente si associa all'idea di secolarizzazione. Proprio in questo senso si argomenta nell'ambito della *New traditional economy*, approccio volto a valorizzare le esperienze in cui si combinano "il vecchio con il nuovo, l'individuale con il collettivo, l'etico con il pratico".[131]

Possiamo considerare questi rilievi come introduttivi dei concetti di "modernità alternative", "parallele" o ancora "multiple". Il primo è stato elaborato per sottolineare che la modernizzazione non può alimentare una "teoria della convergenza" delle culture, giacché "diversi punti di partenza per la transizione verso la modernità" non possono che condurre a "diversi risultati".[132] Chi discorre di modernità parallele mette in luce l'essenza di una simile diversità, in qualche modo riconducibile al modo di manifestarsi del pluralismo in quanto relativo alla "coesistenza nello spazio e nel tempo di molteplici flussi economici, culturali e religiosi".[133] Il che porta a discorrere della modernità come di un fenomeno multiplo, risultante cioè dal succedersi di "continue costituzioni e ricostituzioni di una molteplicità di programmi culturali", il cui esito costituisce una variabile dipendente dalle caratteristiche dei contesti in cui si verificano simili costituzioni e ricostituzioni: caratteristiche concernenti il modo di essere della convivenza sociale, ma anche della complessiva visione del mondo.[134]

In tale prospettiva la diffusione della modernità, per quanto si riveli "inevitabile",[135] cessa di coincidere con l'occidentalizzazione dei contesti in cui si manifesta. Contesti nei quali non si verificano meri recepimenti, bensì, quantomeno, contaminazioni tra influenze esterne comunque esercitate e dati identitari interni in perenne trasformazione.

7. A mo' di conclusione: modernità multiple, individuo e ordine

Abbiamo detto delle critiche oramai definitive all'idea della modernità come vicenda prodotta da un centro e importata da una periferia: idea combattuta dai teorici della *dependencia*, secondo schemi ripresi dai teorici del "sistema mondo",[136] e dalla critica postcoloniale.[137]

---

[131] J.B. Rosser e M.V. Rosser, Comparative Economics in a Transforming World Economy, 2. ed., Cambridge e London 2004, 86 s.

[132] Per tutti D.P. Gaonkar, On Alternative Modernities, in: Public Culture 11 (1999), 1, 1 ss.

[133] Ad es. B. Larkin, Indian Films and Nigerian Lovers. Media and the Creation of Parallel Modernities, in: Africa 67 (1997), 407 ss.

[134] S.N. Eisenstadt, Multiple Modernities, in Id. (a cura di), Multiple Modernities, New Brunswick N.J. 2002, 1 ss.

[135] D.P. Gaonkar, On Alternative Modernities, cit., 1.

[136] Sulla scia di Immanuel Wallerstein, di cui v. da ultimo World-Systems Analysis: An Introduction, Durham 2004.

[137] Su cui la letteratura è sterminata. V. ad es. M. Mellino, La critica postcoloniale, Roma 2005.

Peraltro, se anche si accede all'idea per cui la modernità deve essere letta al plurale, occorre chiedersi se vi sia un nucleo della modernità, come vicenda capace, pur prescindendo dallo schema per cui essa si diffonde dal centro verso la periferia, di accomunare le sue molteplici manifestazioni.

Almeno implicitamente, una riflessione su questo aspetto affonda le sue radici nel tempo.[138] Da molto la riflessione sociologica ha infatti concepito la modernità come un processo che era in buona sostanza perennemente inconcluso, quindi come una vicenda che poneva di fronte a oggetti in continuo divenire. Un vicenda in cui si combinavano in modo variabile e selettivo, assieme allo sviluppo del capitalismo e alla democrazia, tendenze come la coscienza dei propri bisogni e la rivendicazione degli strumenti per soddisfarli, la secolarizzazione e dunque l'espulsione del trascendente dal modo di concepire i termini della convivenza sociale. Il tutto accompagnato da trasformazioni come la differenziazione funzionale della società, l'incremento demografico e l'urbanizzazione, la comunicazione, il consumo e la cultura di massa, e molte altre.

Ebbene, le analisi fin qui viste, anche quelle viziate da evoluzionismo magari travestito da diffusionismo, sono sufficienti a restituire l'immagine della modernità come vicenda il cui nucleo non annovera stabilmente la democrazia come tratto caratteristico. E a farci apparire il capitalismo come costante della modernità solo ove lo si riduca alla weberiana razionalizzazione dell'esistenza, alla base dei processi di differenziazione funzionale della società: ovvero al "macchinismo"[139], o eventualmente a vicende come l'urbanizzazione o la diffusione dei moderni sistemi di comunicazione.[140] Giova a questo punto concentrare l'attenzione sulle modalità attraverso cui si esprime la razionalizzazione dell'esistenza nella modernità latinoamericana, questa volta non per esaltarne l'identità, bensì per mettere in luce le equivalenze funzionali rispetto alla modernità occidentale, che identificheremo valorizzando fra l'altro la dimensione discorsiva nella definizione del rapporto tra diritto e società.

Come abbiamo detto, "caudillismo" è l'espressone utilizzata per esemplificare i tratti del sistema politico affermatosi in area latinoamericana fin dall'epoca in cui essa ha ottenuto l'indipendenza dai colonizzatori europei. E' un'espressione che un osservatore statunitense di metà Novecento riteneva indicasse i tratti tipici, quasi antropologici, dei latinoamericani, da sempre "più interessati ai loro uomini pubblici che alle loro politiche".[141] Da ciò la venatura autoritaria del sociale come portato del nazionalismo interclassista tipico di questa porzione del pianeta,[142] alla base di un sistema di potere che, confrontato con quello occidentale, ha condotto a ritenere il presidenzialismo latinoamericano come degenerazione del modello imitato, soprattutto nella fase successiva alla crisi economica del 1929.[143]

---

[138] P. Jedlowski, Modernità multiple: quale molteplicità?, in C. Corradi e D. Pacelli (a cura di), Dalla modernità alle modernità multiple. Percorsi di studio su società e culture, Soveria Mannelli 2011, 96.
[139] Ivi, 106.
[140] S.N. Eisenstadt, Civiltà comparate, cit., 54.
[141] A.F. Macdonald, Latin American Politics and Government, New York 1949, 7 ss.
[142] Al proposito G. Marini, La costruzione delle tradizioni giuridiche, cit., 177.
[143] L. Mezzetti, L'America latina, cit., 474.

Eppure ciò che viene identificata come identità negativa della periferia latinoamericana riassume caratteri che non sono certo assenti in capo al centro[144] e che, ove assenti, possono pur sempre riemergere, a meno che non si reputi che la democrazia in area europea sia un dato acquisito e irreversibile. Ma questa considerazione, oltretutto smentita dal dato storico, avrebbe un sapore marcatamente evoluzionista, esattamente come il ritenere irreversibile il riconoscimento dei diritti sociali, dopo la conquista di quelli civili e politici.[145]

E' sicuramente vero che in America latina il caudillismo ha prodotto una commistione di nazionalismo e socialismo, e che questa è stata intesa come fondativa dei processi di modernizzazione nell'area, quindi posta al servizio delle dinamiche di razionalizzazione destinate a condizionare lo sviluppo capitalista. In questo senso devono essere intese vicende come la costruzione di un modello educativo "tecnicista" o di relazioni industriali "militariste",[146] che pure concernevano ambiti ricompresi nel sistema dei diritti sociali contemplato dal costituzionalismo latinoamericano, e che tuttavia erano destinati a produrre lo scioglimento dell'individuo dell'ordine in luogo della sua emancipazione. Tutto questo è vero, ma non definisce tratti identitari tipici dell'area latinoamericana o comunque estranei all'area europea.

In quest'ultima, infatti, finalità assimilabili a quelle appena descritte sono state perseguite attraverso lo sviluppo dello Stato sociale, come ben si ricava dalle motivazioni addotte per la sua edificazione, ovvero che "il sostegno attivo al benessere dei lavoratori" costituiva, al pari della "repressione dei tumulti", un modo per ottenere "la riparazione dei danni sociali" prodotti dalla modernizzazione.[147] E difatti la previsione di diritti sociali come fondamento per l'erogazione di prestazioni sociali fu il tratto identificativo del costituzionalismo del dopoguerra, che voleva in tal modo prevenire il ritorno del totalitarismo fascista, tutto incentrato sul ricorso alle prestazioni sociali come strumento di pacificazione e di inclusione forzata dell'individuo nell'ordine.

Altrimenti detto, i diritti sociali sono sorti come strumento attraverso cui rendere le prestazioni sociali un veicolo di emancipazione dell'individuo, piuttosto che di funzionalizzazione dei suoi comportamenti per finalità concernenti l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine proprietario. Il tutto, però, sulla base di intendimenti che sono ora fortemente ridimensionati, tanto da far ritenere, finalmente in chiave non evoluzionistica, che il sistema dei diritti sociali non sia più un tratto identificativo dell'esperienza giuridica europea.[148]

Se così stanno le cose, la descrizione dell'esperienza latinoamericana come incentrata su forme di autoritarismo al servizio di una "modernizzazione imitativa"[149] non identifica certo

---

[144] J.L. Esquirol, Il fallimento del diritto latinoamericano, cit., 250.

[145] Cfr. T.H. Marshall e T. Bottomore, Citizenship and Social Class, London 1992.

[146] Cfr. H.C.F. Mansilla, Socialismo y nacionalismo come agentes de modernización acelerada, in: Cuadernos del Cendes 24 (2007), 59 ss.

[147] Kaiserliche Botschaft di Guglielmo I di Prussia del 17 novembre 1881, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages – V. Legislaturperiode – I. Session, Berlin 1882, 1 ss.

[148] Diffusamente A. Somma, Dal lavoratore al consumatore. Cittadinanza e paradigma giuslavoristico nell'economia sociale di mercato, in G. Balandi e G. Cazzetta (a cura di), Diritto e lavoro nell'Italia repubblicana, Milano 2009, 131 ss.

[149] H.C.F. Mansilla, Tradición autoritaria y modernizacion imitativa, La Paz 1997.

tratti estranei all'esperienza utilizzata al tal fine come modello. Anche in quest'ultimo sono da tempo diffusi schemi che puntano a sostenere la modernizzazione comprimendo i relativi conflitti attraverso il ricorso a forme di scioglimento dell'individuo nell'ordine: forme certo meno cruente di quelle ricorrenti in area latinoamericana, ma non per questo meno efficaci dal punto di vista dello scioglimento dell'individuo nell'ordine. E' ad esempio questa l'essenza dell'economia sociale di mercato, sviluppo della democrazia neoliberale,[150] menzionata a proposito dello scontro tra capitalismi che ha caratterizzato il mondo occidentale.

Alla luce di tutto ciò occorre valutare l'intreccio tra cultura indigena da un lato, e sviluppo del capitalismo e della democrazia dall'altro, come possibile tratto identificativo della modernizzazione latinoamericana. La cultura indigena non può cioè essere degradata a mera "etnicità politicizzata", capace di produrre modernità solo ove sia adattabile "ai modelli organizzativi di Stato, Nazione, popolo e cittadinanza che si sono diffusi in tutto il mondo negli ultimi due secoli".[151] Certo, è una cultura capace di preludere allo scioglimento dell'individuo nell'ordine, non tuttavia se combinata con le forme di conflitto identificative della modernizzazione democratica, attraverso cui far emergere la valenza emancipatoria delle tensioni cooperative, anche e soprattutto nelle relazioni con l'ambiente naturale. Per poi realizzare forme di convivenza sociale di cui auspicare la circolazione dal Nuovo al Vecchio mondo.

[150] Per tutti D. Haselbach, Autoritärer Liberalismus und soziale Marktwirtschaft, Baden-Baden 1991, part. 113 ss.

[151] R. Brubaker, Nazionalismo, etnicità e modernità, in C. Corradi e D. Pacelli (a cura di), Dalla modernità alle modernità, cit., 93.